

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 12 Οκτωβρίου 2021 με την εξής σύνθεση:
Χρήστος Σώκος, Πρόεδρος, Ευαγγελία Μιχολίτση - Εισηγήτρια, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Μέλη.

Για να εξετάσει την από 2.09.2021 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 1696/3-09-2021 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στο ..., οδός ..., αρ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του Δήμου ..., (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της υπ' αριθμ. 277/2021 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ευαγγελία Μιχολίτση

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1.Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 600,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 1/09/2021 πληρωμή στην Τράπεζα ...και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης σύμβασης, με βάση το ποσό του επίμαχου τμήματος Β, ήτοι 34.007,00 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή, με την σχετική διακήρυξη προκηρύχθηκε δημόσιος ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την επιλογή αναδόχου για την «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ

Αριθμός απόφασης: 1643/2021

ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΩΝ ΥΛΙΚΩΝ, ΣΤΕΓΑΝΩΤΙΚΩΝ ΥΛΙΚΩΝ, ΧΡΩΜΑΤΩΝ ΚΑΙ ΣΙΔΗΡΟΥΡΓΙΚΩΝ ΥΛΙΚΩΝ», ΠΡΟΥΠΟΛΟΓΙΣΜΟΥ 127.377,00 πλέον ΦΠΑ με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή), που καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 28.5.2021 με ΑΔΑΜ ...καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε αύξοντα αριθμό ΕΣΗΔΗΣ Στον εν θέματι διαγωνισμό συμμετείχαν υποβάλλοντας προσφορά τέσσερις (4) οικονομικοί φορείς μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα και η εταιρεία «...». Σε συνέχεια αποσφράγισης προσφορών εκδόθηκε η προσβαλλόμενη απόφαση με αρ. 277/11.8.2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής (πρακτικό της 30^{ης}/2021 συνεδρίασης), με την οποία αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος του επίμαχου τμήματος Β (Στεγανωτικά υλικά – χρώματα), στο οποίο συμμετείχε η προσφεύγουσα, η εταιρεία «...». Η ως άνω απόφαση κοινοποιήθηκε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 23.8.2021.

3. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή με κατάθεση στις 2.9.2021 στον διαδικτυακό τόπο διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ), ήτοι εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε σε όλους τους συμμετέχοντες στις 23.08.2021, έχοντας κάνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ/τος 39/2017 ενώ (η προσφυγή) είναι νομίμως υπογεγραμμένη. Επισημαίνεται ότι η ίδια η προσφεύγουσα κοινοποίησε την προσφυγή στην ΑΕΠΠ αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

4. Επειδή, η προσφυγή ασκήθηκε μετά προδήλου εννόμου συμφέροντος από δεύτερο σε κατάταξη οικονομικό φορέα, ο οποίος ευλόγως επιδιώκει την απόρριψη της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου βάσει της προσβαλλόμενης, και την ανάληψη της σύμβασης από τον ίδιο.

5. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας δαπάνης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016. Επομένως, νομίμως φέρεται προς εξέταση η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή στην ΑΕΠΠ.

6. Επειδή η Αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 9 παρ. 1 του π.δ 39/2017 κοινοποίησε μέσω της εφαρμογής

Αριθμός απόφασης: 1643/2021

«επικοινωνία», στις 3.09.2021 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή στην ενδιαφερόμενη επιχείρηση, η οποία θίγεται από την δυνητική αποδοχή της εν θέματι προσφυγής, προκειμένου να λάβει γνώση.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή στις 13.9.2021 απέστειλε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ τις απόψεις της, τις οποίες κοινοποίησε αυθημερόν με τον αυτό τρόπο προς την προσφεύγουσα και την εταιρεία «...».

8. Επειδή, στις 11.10.2021 η προσφεύγουσα υπέβαλε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, υπόμνημα, το οποίο ως εκπροθέσμως κι επομένως απαραδέκτως υποβληθέν δεν λαμβάνεται υπόψη.

9. Επειδή, με τον πρώτο λόγο προσφυγής η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η εταιρεία «...» κατά παράβαση των όρων της διακήρυξης (αρ. 2.4.3.2. και Παράρτημα Ι της διακήρυξης) και της με αρ. 15/2021 Μελέτης, έχει προσφέρει προϊόν, που προορίζεται για εξωτερική και όχι για εσωτερική χρήση ως έδει. Η αναθέτουσα με τις απόψεις της ως προς τον συγκεκριμένο λόγο υποστηρίζει επισυνάπτοντας και την αναφερόμενη στο κείμενο των απόψεων βεβαίωση τα εξής : *«Ζητήθηκαν από την εταιρεία παραγωγής του προϊόντος «...» διευκρινήσεις για το είδος «Ακρυλική βάση για χρωμοσυνθέσεις εσωτερικού χώρου (διάφορα χρώματα) 10lt» με αύξων αριθμό 9 της ΟΜΑΔΑΣ Β (Στεγανωτικά υλικά-χρώματα) της διακήρυξης το οποίο πρόσφερε ο οικονομικός φορέας «...».*

Η εταιρεία «...» με το από 03-09-2021 έγγραφό της (Συνημμένο 1) μας αναφέρει ότι: «Με την παρούσα βεβαιώνεται ότι το προϊόν παραγωγής ...μπορεί να χρησιμοποιηθεί σε εφαρμογές χρωματισμών εσωτερικών επιφανειών τοιχοποιίας, σοβά, γυψοσανίδες κλπ. Υπερκαλύπτει δε τις απαιτήσεις σε ΠΟΕ (ΠΤΗΤΙΚΕΣ ΟΡΓΑΝΙΚΕΣ ΕΝΩΣΕΙΣ) (οριακή τιμή της ΕΕ για αυτή την κατηγορία Α/α Χρώματα ματ εσωτερικών τοίχων και ορόφων σπιλπνότητα <25@60° 30g/l (2010). Το προϊόν περιέχει κατά μέγιστο 3g/l ΠΟΕ».

10. Επειδή, οι οικείοι όροι των συμβατικών τευχών αναφέρουν τα εξής:
i) «2.4.3.2 Τεχνική προσφορά

Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται.

Αριθμός απόφασης: 1643/2021

Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα Ι της παρούσας διακήρυξης το οποίο αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της παρούσας.

Οι οικονομικοί φορείς αναφέρουν το τμήμα της σύμβασης που προτίθενται να αναθέσουν υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνουν.», ii) «2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών

Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά:

α) η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς),

2.4.4. (Περιεχόμενο φακέλου οικονομικής προσφοράς, τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών) , 2.4.5. (Χρόνος ισχύος προσφορών), 3.1. (Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών), 3.2 (Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου) της παρούσας, β) η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και την συμπλήρωσή της σύμφωνα με την παράγραφο 3.1.1. της παρούσας διακήρυξης,

γ) για την οποία ο προσφέρων δεν έχει παράσχει τις απαιτούμενες εξηγήσεις, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας ή η εξήγηση δεν είναι αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με την παράγραφο 3.1.1. της παρούσας και το άρθρο 102 του ν. 4412/2016,

δ) η οποία είναι εναλλακτική προσφορά,

ε) η οποία υποβάλλεται από έναν προσφέροντα που έχει υποβάλλει δύο ή περισσότερες προσφορές

ζ) η οποία είναι υπό αίρεση,

η) η οποία θέτει όρο αναπροσαρμογής,

Αριθμός απόφασης: 1643/2021

θ) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσης διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης». iii) «9. Ακρυλική βάση για χρωμοσυνθέσεις εσωτερικού χώρου Ακρυλική βάση για χρωμοσυνθέσεις εσωτερικού χώρου, σε συσκευασία 10 lt. Το χρώμα θα είναι οικολογικό κατάλληλο για επιφάνειες εσωτερικού χώρου σπατουλαριστές, με σοβά, μπετόν, γυψοσανίδες, νοβοπάν ή ξύλο. Το υλικό θα είναι υδατοδιαλυτό (5% - 10%), κατάλληλο για εφαρμογή με πινέλο, ρολό ή πιστόλι και θα πρέπει να καλύπτει επιφάνεια περίπου 12 m² / lt / στρώση, ανάλογα με την περίπτωση».

11. Επειδή, από την επισκόπηση του φακέλου προκύπτει ότι η ως άνω προσωρινή ανάδοχος έχει προσφέρει το προϊόν ...10 lt, το οποίο αναφέρεται και στον επίσημο διαδικτυακό τόπο της κατασκευάστριας εταιρείας ότι προορίζεται για εξωτερική χρήση (<https://www...>). Εξάλλου, ως ορθώς επισημαίνει η προσφεύγουσα αν και σε έγγραφο συνταχθέν από την ίδια την εταιρεία αναφέρει στην περιγραφή του προϊόντος «Ακρυλικό χρώμα εξωτερικής & εσωτερικής χρήσης για χρωμοσυνθέσεις», τα προσκομισθέντα από την ίδια την ως άνω εταιρεία έγγραφα, προς απόδειξη της πλήρωσης των τεχνικών προδιαγραφών του προϊόντος (v.9) και δη το δελτίο δεδομένων ασφαλείας αναφέρει ρητώς ότι προορίζεται για εξωτερική χρήση.

12. Επειδή, δεν είναι θεμιτή η εκ των υστέρων αμφισβήτηση όρου της διακήρυξης. Η αντίθετη άποψη θα είχε και ως συνέπεια την, κατά παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, ανεπίτρεπτη, εκ των υστέρων, ανατροπή των όρων με βάση τους οποίους αναπτύχθηκε ο ανταγωνισμός, διαμορφώθηκαν οι προσφορές των διαγωνιζομένων και ανακηρύχθηκε ο ανάδοχος (πρβλ. ΔΕΚ, απόφαση της 29.4.2004, CAS Succhi di Frutta SpA, C-496/99 P, σκέψεις 106 έως 125 και απόφαση της 19.6.2008, Presstext Nachrichtenagentur GmbH, C-454/06, σκέψεις 55 και επόμενες και ιδίως 59 και 60, καθώς και Α.Ε.Π.Π. 476/2019, σκ. 52). Περαιτέρω, ο τρόπος συντάξεως των προσφορών στα πλαίσια των δημοσίων διαγωνισμών διέπεται από την αρχή της τυπικότητας, η οποία αποσκοπεί στην εξασφάλιση αφενός της τηρήσεως των αρχών του ανταγωνισμού, της διαφάνειας και του ίσου μέτρου κρίσεως

Αριθμός απόφασης: 1643/2021

αφετέρου της ανάγκης ευχερούς συγκρίσεως των προσφορών μεταξύ τους καθώς και στην αποφυγή του κινδύνου αλλοιώσεως αυτών (ΣΤΕ127/2015, 1971/2013, 194/2011, 804/2010, 3084/2008, 1895/2007, 3769/2003, ΕΑ 860, 689/2011, 1008/2009, 817/2008). Επίσης, όπως προαναφέρθηκε, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Σύμφωνα με τα ανωτέρω, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕΛΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000). Επομένως, μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31), ή να αντικατασταθεί με νέα (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C- 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C- 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36) οπότε οιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση κάποιας ασάφειας και όχι την τροποποίηση της εν θέματι προσφοράς (βλ. σχετικές αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, Archus and Gama, C-131/2016, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C- 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36).

13. Επειδή, επομένως, δεν θα ήταν θεμιτή – ακόμη και ακριβής υποτιθέμενη η σχετική βεβαίωση της κατασκευάστριας - η κατά καταστρατήγηση της αρχής της ίσης μεταχείρισης τροποποίηση της

Αριθμός απόφασης: 1643/2021

προσφοράς με εφαλτήριο το άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, παρέχοντας ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στον συγκεκριμένο υποψήφιο, καθώς από την επισκόπηση του φακέλου παρέπεται με σαφήνεια ότι η πλημμέλεια της εν λόγω προσφοράς δε θα μπορούσε να ιαθεί δι' αυτού του τρόπου καθώς κάτι τέτοιο θα ισοδυναμούσε κατά τα ειδικώς κριθέντα με ανεπίτρεπτη τροποποίηση της προσφοράς (ΔΕΦΑΘ 62/2020). Σε κάθε περίπτωση, η εν θέματι διαδικασία δεν δύναται να λάβει χώρα επ' αφορμής της εξέτασης προδικαστικής προσφυγής, καθιστώντας σε κάθε περίπτωση την προσβαλλόμενη ακυρωτέα. Επομένως, ο πρώτος λόγος προσφυγής κρίνεται βάσιμος.

14. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο προσφυγής η προσφεύγουσα επικαλείται ως λόγο ακυρότητας της προσβαλλόμενης απόφασης την ανάδειξη της ως άνω εταιρείας ως προσωρινής αναδόχου για ποσό κατά 0,50 λεπτά λιγότερα από την οικονομική της προσφορά. Η αναθέτουσα αρχή επισημαίνει ότι πρόκειται για εκ παραδρομής σφάλμα. Εν πάσι περιπτώσει, ωστόσο, ο συγκεκριμένος λόγος προσφυγής, εφόσον η διαφορά στο ποσό δεν δύναται να ανατρέψει την κατάταξη των προσφορών, καθώς η διαφορά της προσωρινής αναδόχου με την προσφεύγουσα είναι κατά πολύ μεγαλύτερη από το ποσό των 0,50 λεπτών του ευρώ, ουδόλως θεμελιώνει έννομο συμφέρον η προσφεύγουσα για την προβολή του συγκεκριμένου λόγου, ο οποίος απορρίπτεται ως απαράδεκτος.

15. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

16. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (αρ. 363 του Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη κατά το μέρος που κάνει δεκτή την προσφορά της εταιρείας «...».

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Αριθμός απόφασης: 1643/2021

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 12 Οκτωβρίου 2021 και εκδόθηκε την 1^η Νοεμβρίου 2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Ο Πρόεδρος
Χρήστος Σώκος**

**Ο Γραμματέας
Σάββας Μακρίδης**